

Les partenariats institutionnalisés des collectivités



Yves René Guillou

Caroline Gérard

En 2005, l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Stadt Halle* [1] a mis un terme à la pratique consistant à créer des sociétés d'économie mixte locales (SEML) pour leur confier l'exécution de missions d'intérêt général par contrat sans publicité ni mise en concurrence. Ce faisant, la Cour a fortement découragé la pratique des partenariats institutionnalisés, c'est-à-dire des partenariats mis en œuvre *via* une entité spécifiquement créée pour répondre au besoin de la personne publique.

Le succès des contrats de partenariat, introduits dans l'ordre juridique français par l'ordonnance du 17 juin 2004, a pu occulter, durant quelques années, le vide créé par la jurisprudence de la Cour européenne. Toutefois, au regard des difficultés d'exécution que rencontrent actuellement de plus en plus de contrats de partenariat, la pratique des partenariats institutionnalisés connaît un regain d'intérêt de la part des collectivités.

La pratique démontre en effet qu'il est extrêmement complexe de faire converger sur le long terme les intérêts de la personne publique et de son partenaire privé dans le cadre d'un contrat de partenariat, qui reste avant tout un outil de commande publique.

C'est pourquoi il semble opportun, à la faveur du reflux des contrats de partenariat, de relancer la réflexion relative aux partenariats institutionnalisés.

[1] CJUE 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, § 49 : à titre de rappel, dans son arrêt *Stadt Halle*, la CJUE a fait une appréciation très restrictive de l'exception *in house* en jugeant qu'elle ne s'appliquait qu'aux seuls contrats confiés à des entités dont le capital était entièrement détenu par des personnes publiques. Sur la jurisprudence relative à l'identification des prestataires placés dans une relation de *in house* avec le pouvoir adjudicateur, voir également : CJUE 13 octobre 2005, *Paking Brixen*, aff. C-458/03 et CJUE 10 septembre 2009, *Sea SRL c/ Cne di Ponte Nossa*, aff. C-573/07.

À cet égard, il convient de rappeler que constitue un partenariat institutionnalisé tout partenariat ayant pour double objet de créer une entité détenue de manière conjointe par plusieurs partenaires afin de lui confier l'exécution d'une mission. À ce titre, et selon la nature des partenaires impliqués dans la création de l'entité commune, le partenariat peut être un partenariat public-public ou un partenariat public-privé. En outre, et selon la nature du projet, la mission confiée à l'entité commune le sera *via* un transfert d'activité ou *via* l'attribution d'un contrat relevant de la commande publique, tel qu'un marché public ou une concession. Cette dernière configuration correspond spécifiquement à l'hypothèse visée par la Commission européenne dans sa communication relative aux PPPI [2]. La présente contribution s'attachera aux partenariats public-privé institutionnalisés dans leur ensemble, c'est-à-dire à tous les partenariats se matérialisant par la création d'une entité commune à laquelle une activité est confiée et ce, que le transfert d'activité intervienne *via* l'attribution d'un contrat ou non. C'est donc à ces partenariats dans leur ensemble que renverra l'expression PPPI.

[2] La Commission retient en effet une définition étroite du PPPI, entendu comme *« une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »*. L'apport privé aux travaux du PPPI consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte. En revanche, un simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique ne constitue pas un PPPI. Par conséquent, cette dernière situation n'est pas couverte par la présente communication », Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI), C(2007)6661, Bruxelles, 5 février 2008, p. 2.

Ces précisions terminologiques ayant été apportées, il convient de rappeler que les PPPI présentent des avantages incontestables [3]. Ils permettent à la personne publique de garder un niveau de contrôle relativement élevé sur le déroulement des opérations, qu'elle peut adapter dans le temps en fonction des circonstances. En outre, ils permettent le transfert de savoir-faire au bénéfice de la personne publique. En effet, celle-ci peut développer son expérience de l'exploitation du service confié à l'entité commune avec le soutien de son partenaire privé et, à l'issue du partenariat, elle sera en mesure, si elle le souhaite, de reprendre en régie l'activité un temps transférée.

Toutefois, ils peuvent également s'avérer délicats à mettre en œuvre, dans la mesure où ils sont susceptibles de se heurter au droit de la commande publique et au droit de la concurrence. En effet, si l'entité créée par les partenaires est destinée à se voir confier l'exécution d'un contrat soumis aux règles de la commande publique, celles-ci imposent une mise en concurrence difficilement conciliable avec le principe même du partenariat institutionnalisé.

C'est toute la difficulté mise en lumière par l'arrêt *Stadt Halle*. Une personne publique ne peut plus créer une entité à capital mixte en vue de lui confier de gré à gré l'exécution d'un contrat dont la passation est soumise à publicité et mise en concurrence.

Mais imposer à la personne publique de créer son partenariat institutionnalisé avec le partenaire de son choix puis de mettre l'entité en concurrence pour l'attribution du contrat reviendrait à

[3] Sur ce point, voir le *Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM(2004)327, Bruxelles, 30 avril 2004.

dévoyer totalement la logique du partenariat.

En outre, le respect du droit de la commande publique n'impose pas de telles contorsions juridiques, ainsi qu'est venue le rappeler la Commission européenne dans sa communication sur les PPPI. En effet, s'intéressant exclusivement aux PPPI dans le cadre desquels l'entité commune se voit attribuer un contrat soumis à la commande publique, la Commission a identifié des modalités de mise en œuvre de ce type de partenariat permettant de concilier au mieux l'esprit du partenariat et les règles de la commande publique [4].

Au regard des réticences parfois exprimées relativement aux PPPI, il est donc important de rappeler que les partenariats institutionnalisés restent un instrument de mise en œuvre de l'action publique privilégié, à condition d'en maîtriser le mode d'emploi. Ainsi, la création d'un PPPI impose de maîtriser les modalités de mise en concurrence propres à ce type de coopération (I) et de s'être assuré, au préalable, qu'il existe un véhicule juridique adapté au portage du partenariat (II).

I. Sur les modalités de mise en concurrence à maîtriser pour la création d'un PPPI

L'un des dommages collatéraux de la jurisprudence *Stadt Halle* est d'avoir privé la collectivité de la possibilité de choisir son partenaire. Cette absence de choix peut constituer un élément décourageant pour la collectivité, en ce qu'il prive le partenariat de l'*intuitu personae* qui caractérise normalement ce type de coopération et impose une procédure de mise en concurrence qui peut sembler complexe au premier abord.

Toutefois, il convient à titre liminaire de rappeler que tel n'est pas toujours le cas. En effet, certains partenariats, en raison de leur objet, peuvent parfaitement être mis en œuvre par la personne publique avec le partenaire de son choix et ce, sans mise en concurrence préalable. Il s'agit là d'un mode de coopération à ne pas négliger, dès lors, notamment, qu'il a été validé par le Conseil d'État et se trouve, de ce fait, parfaitement sécurisé (I.1).

En outre, lorsque la mise en concurrence est rendue obligatoire par l'objet du contrat, la Commission a identifié des modalités de sélection du partenaire et d'attribution du contrat permettant de simplifier au maximum la procédure et d'alléger ainsi le fardeau qui pèse sur la collectivité (I.2).

I.1. Sur les partenariats institutionnalisés ne nécessitant pas de mise en concurrence préalable

Il convient en premier lieu de rappeler aux collectivités que certains de leurs PPPI pourront être créés sans publicité ni mise en concurrence. Tel est le cas, en effet, lorsque la collectivité crée une entité avec un ou des partenaires afin de se décharger sur celle-ci d'une activité qu'elle ne souhaite plus assumer. Ce type de coopération permet à la collectivité d'externaliser certaines missions qu'elle assumait auparavant.

Pour ce faire, il conviendra toutefois de respecter certaines conditions. À cet égard, une affaire tranchée par le Conseil d'État en 2010 [5] permet d'illustrer parfaitement la logique qui anime les PPPI dont la création peut intervenir sans mise en concurrence.

Dans cette affaire, le conseil général de l'Allier souhaitait mettre un terme à l'activité d'analyses vétérinaires, alimentaires et hydrologiques qu'il exerçait en parallèle de sa mission de détection des épizooties. À cette fin, il avait constitué avec la Société Institut Pasteur de Lille un groupement d'intérêt public (GIP) afin de lui transférer les activités du laboratoire départemental et, notamment, les activités d'analyses, d'audit, de conseil, de recherche et de formation dans les domaines de l'eau, de l'environnement, de l'aliment, de la santé animale et de la santé publique.

Une société concurrente a contesté la création de ce GIP, au motif, notamment, que le conseil général ne pouvait transférer cette activité d'analyse au GIP nouvellement créé sans mise en concurrence préalable. En effet, selon ce concurrent, les missions confiées au GIP devaient s'analyser soit en une mission de service public, soit en une prestation de services au bénéfice du conseil général. Or, ni une convention de délégation de service public, ni un marché ne peuvent être passés sans mise en concurrence préalable.

Le Conseil d'État a réfuté ces arguments. En premier lieu, il a estimé que les missions confiées au GIP constituaient des missions de service public, certes, mais exercées à titre facultatif. Ainsi, selon le Conseil d'État, le conseil général ne pouvait être considéré comme ayant confié au GIP la gestion d'une mission de service public dont il avait la responsabilité et, partant, n'était pas tenu de procéder au transfert *via* une convention de délégation de service public. Comme l'a précisé le rapporteur public F. Lenica [6], dans cette configuration il n'y a pas dévolution d'une mission de service public, mais extinction de celle-ci.

En deuxième lieu, et c'est là l'un des apports particulièrement intéressants de cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que le transfert d'activité au GIP n'avait pas pour effet de lui attribuer un marché public. À cet égard, il convient de rappeler qu'un marché public est un contrat conclu *« à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs [...] et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »* [7]. En outre, il ressort de la jurisprudence que le contrat conserve un caractère onéreux même lorsque la rémunération du cocontractant lui est versée par un tiers [8].

En pratique, il est donc difficile de trancher la question de savoir si un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur externalise une activité dont les bénéficiaires sont des tiers doit être ou non qualifié de marché public. En effet, il est difficile de déterminer si le contrat externalisant une activité auparavant prise en charge par une personne publique répond ou non à son besoin. À cet égard, la réponse du Conseil d'État semble particulièrement

[4] Sur ce point, voir le *Livre vert de la Commission sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, *op. cit.*, et la *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)*, (2008/C 91/02), 12 avril 2008.

[5] CE 10 novembre 2010, *Société Carso-laboratoire santé hygiène environnement*, req. n° 319109.

[6] Concl. sous CE 10 novembre 2010, *Société Carso-laboratoire santé hygiène environnement*, req. n° 319109.

[7] CMP, art. 1 ; Ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005, article 1.

[8] À cet égard, il est notamment admis que l'abandon de recettes constitue un prix et, partant, que la rémunération de l'attributaire d'un marché par un tiers ne permet pas d'exclure le caractère onéreux du marché.

claire. Selon lui, le GIP nouvellement créé n'avait pas pour objet de répondre aux besoins du département mais bien aux besoins de tiers sur l'ensemble du territoire national. C'est pourquoi il a écarté la qualification de marché public et a conclu que le transfert d'activité au bénéfice du GIP avait pu régulièrement intervenir sans mise en concurrence préalable.

Il résulte de cet arrêt que les collectivités disposent de la possibilité de créer un PPPI pour lui confier celles de leurs missions qui relèvent de leurs missions de service public non obligatoires et sont exercées à titre facultatif dès lors que les activités transférées ont pour objet de répondre non aux besoins de la personne publique mais aux besoins de tiers. Dès lors que ces conditions seraient réunies, la collectivité, libérée de son obligation de procéder à une mise en concurrence, retrouve la liberté de choisir son partenaire. Cette liberté a cependant un coût. L'activité transférée à l'entité à capital mixte ne pourra plus bénéficier directement à la collectivité locale, qui devra mettre l'entité en concurrence pour pouvoir lui confier l'exécution de prestations.

I.2. Sur les modalités de mise en concurrence à mettre en œuvre pour la création d'un PPPI emportant attribution d'un contrat à l'entité commune

Lorsque la collectivité souhaite confier à une entité à capital mixte l'exécution d'une mission de service public obligatoire ou l'exécution d'une prestation répondant à ses besoins, elle sera tenue de procéder à la publicité et à la mise en concurrence qui s'imposent pour la passation de ces contrats. Toutefois, il convient de rappeler que la Commission a cherché à simplifier au maximum les procédures à mettre en œuvre pour permettre au pouvoir adjudicateur de sélectionner son partenaire et l'attributaire du contrat. Partant du constat que la création d'un PPPI telle qu'elle le définit nécessite de procéder ensemble au choix du partenaire économique et à l'attribution du contrat à l'entité à capital mixte créée pour exécuter celui-ci, la Commission a proposé une procédure de mise en concurrence unique qui aura pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur de sélectionner son partenaire à la fois au regard de ses capacités à créer avec lui une entité à capital mixte et au regard de ses capacités à participer à l'exécution du contrat confié à l'entité à capital mixte ainsi créée. De ce fait, cette procédure pourra intervenir soit avant l'attribution du contrat, soit après celle-ci (I.2.1), et comportera des spécificités propres à permettre à la collectivité de sélectionner son futur partenaire en même temps que le futur attributaire du contrat (I.2.2).

(I.2.1) Relevons tout d'abord que, pour la création de leur PPPI, les collectivités disposent du choix du moment de la mise en concurrence. En effet, il ressort de la Communication de la Commission relative aux PPPI que celle-ci peut intervenir à deux stades différents de la mise en œuvre du projet de la collectivité.

La première option consiste à mettre en œuvre le PPPI par la création d'une entité *ad hoc* détenue conjointement par le pouvoir adjudicateur et son partenaire privé. La mise en concurrence intervient alors avant la création de l'entité porteuse du contrat et avant l'attribution de celui-ci [9]. Dans cette hypothèse, et pour dispenser la personne publique de l'organisation de deux procédures distinctes, la Commission préconise de procéder à une mise en concurrence globale ayant pour objet *« le marché public ou la concession qui doit être attribué à l'entité à capital mixte, et, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution de ces tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité à capital mixte »* [10]. Ainsi, la sélection du partenaire privé peut-elle s'accompagner de l'attribution du contrat à l'entité conjointement créée dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à la personne publique.

La deuxième option consiste à mettre en œuvre le PPPI par l'ouverture du capital d'une entité publique à un opérateur privé. Cette seconde modalité de mise en œuvre d'un PPPI identifiée par la Commission résulte de la prise de participation du partenaire privé dans le capital d'une entreprise publique existante et qui exécute déjà des contrats qui lui ont été confiés dans le cadre de la relation *in house*. Dans cette configuration, la mise en concurrence intervient après la création de l'entité porteuse et l'attribution du contrat de sorte que le PPPI résulte de l'ouverture du capital de l'entité porteuse du contrat à un partenaire privé.

À ce sujet, il convient de rappeler que l'attribution directe du contrat à une entité ne peut intervenir que dans le cadre d'un contrat *in house*, c'est-à-dire conclu par une collectivité avec une entité sur laquelle elle exerce un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de son activité avec elle. Pour que le critère du contrôle analogue soit rempli, il est nécessaire que le capital de cette entité soit exclusivement public. En droit français, le seul véhicule juridique permettant de rentrer dans ce cadre est la société publique locale (SPL) [11]. Ainsi, la mise en œuvre d'un PPPI par la prise de contrôle d'une entité publique par un opérateur privé nécessitera la création d'une SPL, qui après ouverture de son capital à un partenaire privé, évoluera

[9] À cet égard, il convient de constater que le Conseil d'État ne valide pas, en droit interne, le mécanisme consistant à attribuer le contrat directement à l'entité créée. C'est pourquoi il préconise, pour que la procédure soit conforme aux spécificités de la réglementation française, que le contrat soit attribué au candidat retenu au terme de la procédure, lequel le cédera ensuite à l'entité créée avec la personne publique.

[10] *Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI)*, C(2007)6661, Bruxelles, 5 février 2008, p. 5.

[11] Aux termes de l'article L. 1521-1 du CGCT, il est prévu que : *« Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général ; lorsque l'objet de sociétés d'économie mixte locales inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. En outre, les sociétés d'économie mixte locales peuvent réaliser des opérations de conception, réalisation, entretien ou maintenance ainsi que, le cas échéant, de financement d'équipements hospitaliers ou médico-sociaux pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire. La commune actionnaire d'une société d'économie mixte locale dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence qu'elle a transférée à un établissement public de coopération intercommunale peut continuer à participer au capital de cette société à condition qu'elle cède à l'établissement public de coopération intercommunale plus des deux tiers des actions qu'elle détenait antérieurement au transfert de compétences. »* Cet article a été inséré dans le CGCT par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, qui a créé les SPL. À cet égard, il faut noter que le MEDEF a saisi la Commission d'une plainte à l'encontre de cette loi le 28 mai 2010. La Commission a décidé de ne pas donner suite à cette plainte dès lors qu'elle a estimé que la loi était parfaitement compatible avec la jurisprudence de l'Union européenne.

vers le statut de SEML régie par le CGCT ou encore vers un statut de groupement tel que le GIP [12] ou le groupement d'intérêt économique (GIE) [13].

(I.2.2) S'agissant des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à la collectivité pour la création d'un PPPI avec attribution de contrat, il ressort de la Communication de la Commission que les règles applicables sont celles applicables au contrat qui doit être attribué à la société détenue conjointement. Ainsi, si ce contrat est un marché public, il conviendra de lui appliquer les dispositions du code des marchés publics et de choisir la procédure de passation imposée par les caractéristiques et le montant du marché.

En outre, il ressort des recommandations conjointes de la Commission et du Conseil d'État que la publicité doit porter à la fois sur le contrat lui-même et sur le PPPI.

En effet, dès lors que l'objet de la procédure consiste à choisir à la fois un partenaire et un cocontractant, la collectivité doit veiller à informer les candidats potentiels de l'ensemble des caractéristiques du projet et en particulier de son intention de créer une entité détenue conjointement. Notamment, la collectivité doit assurer l'information des candidats au sujet des spécificités de l'entité à créer.

Ainsi, la Commission précise que le pouvoir adjudicateur doit fournir dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges les éléments relatifs aux statuts de l'entité à créer, au pacte d'actionnaires et à *« tous les éléments régissant, d'un côté, la relation contractuelle entre l'entité adjudicatrice et le partenaire privé, et, de l'autre, la relation entre l'entité adjudicatrice et l'entité à capital mixte devant être créée »* [14]. Le Conseil d'État adopte une position similaire et préconise que le pouvoir adjudicateur indique, dans la publicité préalable, des informations au sujet de *« l'organisation de la société conjointe prévue, des dispositions spécifiques de ses statuts relatives à la répartition des droits de vote dans les instances sociales, à celle des résultats financiers de l'entité, aux garanties réciproques des deux partenaires, à la protection des savoir-faire, procédés et apports intellectuels de l'opérateur, à l'activité de la société et aux conditions financières de la liquidation de celle-ci en fin de contrat »* [15].

La collectivité devra donc, avant de lancer la procédure de passation du PPPI, avoir identifié clairement son besoin et défini les caractéristiques essentielles de la coopération à venir. Toutefois, il convient de préciser que, ainsi que le précise la Commission, en cas de recours au dialogue compétitif ou à une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur peut se borner à définir la coopération à grands traits et en préciser les modalités dans le cadre des discussions avec les candidats, sous réserve, bien évidemment, que les besoins du pouvoir adjudicateur aient été définis préalablement à la procédure.

II. Sur le difficile choix d'un véhicule juridique adapté au partenariat

Le principal obstacle à la mise en œuvre d'un PPPI réside actuellement dans la faiblesse de l'offre juridique quant aux véhicules susceptibles de servir de support au partenariat. En effet, il convient de rappeler que les collectivités locales n'ont pas, sauf autorisation expresse, la possibilité de prendre des participations dans le capital de sociétés commerciales [16]. Il en résulte que, sauf exceptions sectorielles [17], les collectivités devront recourir à une SEML si elles souhaitent constituer l'entité détenue conjointement sous forme de société commerciale et ce, bien que ce type de société puisse se révéler peu adapté à la logique économique des PPPI (II.1). C'est pourquoi il semble nécessaire de ne pas s'interdire d'explorer les autres modes de coopération, qui peuvent, selon les caractéristiques du projet, constituer des véhicules juridiques adaptés à la création du PPPPI (II.2).

II.1. Le support traditionnel des partenariats institutionnalisés est la SEML, à laquelle les collectivités sont autorisées à recourir par le CGCT [18]. Du fait de son objet relativement large, qui lui permet de prendre en charge toute activité d'intérêt général, la SEML se révèle en effet adaptée à la coopération publique privée. Ainsi, sur le plan strictement juridique, rien ne s'oppose à ce qu'une SEML puisse constituer le support d'un PPPI. Toutefois, dans son avis du 1er décembre 2009 [19], le Conseil d'État a souligné l'inadéquation de ce type de support juridique avec la logique économique du PPPI.

En effet, il est prévu à l'article 1522-1 du CGCT que dans le cadre des SEM *« les collectivités territoriales et leurs groupements détiennent, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital de ces sociétés et des voix dans les organes délibérants »*. Ces dispositions confèrent aux personnes publiques la majorité du capital et du pouvoir de décision. Elles font également peser sur les personnes publiques l'essentiel des risques d'exploitation. Or, et dès lors que la répartition du capital au sein de la société doit être proportionnelle aux apports de chaque participant, cette répartition des participations au capital aura inévitablement un retentissement sur l'architecture économique du partenariat. Notamment, le recours à la SEML ne semble pas compatible avec la mise en œuvre

[12] Sur ce point, voir l'article 101 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 aux termes duquel il est prévu : *« La transformation de toute personne morale en groupement d'intérêt public, ou l'inverse, n'entraîne ni dissolution ni création d'une personne morale nouvelle au regard des dispositions fiscales et sociales. »*

[13] Sur ce point, voir l'article L. 251-18 du code de commerce, aux termes duquel il est prévu : *« Toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du groupement d'intérêt économique peut être transformée en un tel groupement sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. »*

[14] Commission, communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), point 2.3.5.

[15] CE Avis 1er décembre 2009, req. n° 383264, réponse à la question 1.6.

[16] Sur ce point, voir les articles L. 2253-1, L. 3231-6, L. 4211-1 et L. 5111-4 du CGCT.

[17] Sociétés aéroportuaires visées à l'article L. 6322-2 du code des transports, fonds de co-investissement.

[18] Aux termes de l'article. L. 1531-1 du CGCT, il est en effet prévu que : *« Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. Ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général. Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires. »*

[19] CE Avis du 1er décembre 2009, req. n° 383264.

d'un projet requérant que l'investissement soit porté majoritairement par le partenaire privé. Il en va de même s'agissant de la répartition des droits de vote et du partage des risques. Dès lors que le véhicule juridique support du partenariat confisque le pouvoir de décision au profit de la personne publique, il semble exclu dans un tel partenariat de faire peser le risque d'exploitation sur le partenaire privé.

Ainsi, et bien que rien ne s'oppose, sur le plan strictement juridique, à ce que la SEML constitue le support du PPPI, il conviendra de s'assurer au préalable que l'architecture juridique de ce type de société permet de refléter la réalité économique du partenariat envisagé. À défaut, il conviendra de rechercher un autre véhicule juridique.

II.2. Ainsi que cela vient d'être évoqué, la SEML peut ne pas constituer une réponse juridique satisfaisante au projet de la collectivité. Il s'agit là de la principale difficulté de mise en œuvre des PPPI dans l'ordre juridique interne.

Dans l'attente de la création de véhicules spécifiquement adaptés à ce type de partenariat [20], il convient néanmoins de tenter de contourner cette carence en explorant les autres modes de coopération organique ouverts aux collectivités.

À cet égard, les collectivités locales et à leurs établissements peuvent constituer des GIE [21], des GIP [22] ou encore participer à des groupements de coopération sanitaire (GCS) [23].

Parmi ces groupements, l'un doit particulièrement retenir l'attention. Il s'agit du GIP. Conçu à l'origine comme une forme de coopération sectorielle, ne pouvant être mise en œuvre que dans certains domaines expressément visés dans la loi et le règlement, le GIP dispose d'un statut législatif unifié depuis la loi du 17 mai 2011 [24].

Ainsi, alors qu'il était auparavant réservé aux coopérations mises en œuvre dans des domaines limités (recherche, loisirs, santé publique), il est désormais possible de les créer dans tous les secteurs d'activité, ce qui doit inciter à en revisiter les potentialités.

À titre de rappel, le GIP est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière qui peut être constituée entre personnes morales de droit public et personnes morales de droit privé sans que les proportions de cette prise de participation soient imposées par la loi. En outre, il peut être constitué sans capital ou avec capital, selon les spécificités de l'activité qui lui est confiée.

L'objet des GIP est particulièrement large puisque la loi impose uniquement que les activités prises en charge soient des activités d'intérêt général à but non lucratif. Le cadre ainsi fixé est donc particulièrement proche de celui de la SEML. En revanche, à la différence de la SEML, le GIP n'impose pas que les personnes publiques soient majoritaires au sein de la structure. Il est uniquement précisé, à l'article 103 de la loi précitée, que *« Les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public* doivent détenir ensemble plus de la moitié du capital ou des voix dans les organes délibérants. »

Si ces conditions posent un cadre qui reste relativement restrictif, dans la mesure où elles ne permettent pas d'ouvrir le capital de manière majoritaire à un partenaire privé qui ne serait pas investi d'une mission de service public, elles restent malgré tout plus souples que les règles de majorité imposées au sein des SEML et, de ce fait, peuvent constituer une alternative pour la mise en œuvre de certains projets.

S'agissant de la gouvernance, le GIP est doté d'une assemblée générale, d'un conseil d'administration et d'un directeur, qui assure le fonctionnement du groupement. En outre, il peut recourir soit à des personnels mis à sa disposition par ses membres, soit de personnels recrutés directement par lui. En cela, le GIP peut s'avérer assez proche d'une société commerciale.

En revanche, rappelons qu'il est prévu à l'article 107 de la loi du 17 mai 2011 précitée que *« Le groupement d'intérêt public ne donne pas lieu au partage de bénéfices. Les excédents annuels de la gestion ne peuvent qu'être utilisés à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mis en réserve. »*

Il en résulte que, si l'un des objectifs poursuivis par les partenaires est la distribution de bénéfices, la forme du GIP ne sera pas adaptée. Dans une telle configuration, il conviendra éventuellement de recourir à un GIE, qui, bien que n'ayant pas non plus un caractère lucratif [25], permet la redistribution des bénéfices et la distribution des excédents d'actifs à ses membres en cas de dissolution [26].

---

[20] À cet égard, ainsi que cela a déjà été évoqué, les SPL ne peuvent constituer une alternative satisfaisante dès lors qu'elles sont à capital purement public, et ne permettent pas la mise en œuvre de partenariats public-privé. Par ailleurs, le sénateur Jean-Léonce Dupont avait proposé la création des sociétés locales de partenariat (SLP) dont le capital serait majoritairement détenu par la personne privée. Cette proposition de loi, en date du 27 juillet 2009, avait pour ambition de créer un troisième type de société locale, la société locale de partenariat, dont le capital serait majoritairement détenu par des personnes privées. Cette proposition visait en outre à mettre en harmonie le statut des SEM françaises avec celui des autres pays de l'Union européenne. En effet, dans la quasi-totalité des pays européens, les SEM ne sont soumises à aucune réglementation spécifique, seul le droit des sociétés leur est applicable. Cette proposition de loi semble cependant abandonnée.

[21] Aux termes de l'article L. 251-1 du code de commerce, *« Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci. »*

[22] Aux termes de l'article 98 de la loi n° 2011-525, *« Le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'État soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé ».*

[23] Le régime juridique des GCS est fixé aux articles L. 6133-1 et suivants du code de la santé publique et aux articles réglementaires correspondants. Les collectivités n'ont pas traditionnellement vocation à participer aux GCS, réservés aux établissements de santé. Toutefois, et dès lors que l'article L. 6133-2 du code de la santé publique prévoit que *« D'autres professionnels de santé ou organismes peuvent participer à ce groupement sur autorisation du directeur général de l'agence régionale de santé »*, il convient de ne pas s'interdire d'explorer cette voie si les spécificités du partenariat le justifient.

[24] Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

[25] Il est en effet expressément précisé, à l'article L. 251-1 du code de commerce, que le but du GIE *« n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même ».*

[26] Aux termes de l'article L. 251-22 du code de commerce, il est en effet prévu que : *« La liquidation s'opère conformément aux dispositions du contrat. À défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée des membres du groupement ou, si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision de justice. Après paiement des dettes, l'excédent d'actif est réparti entre les membres dans les conditions prévues par le contrat. À défaut, la répartition est faite par parts égales. »*

Toutefois, il convient de rappeler que dans le cadre d'un GIE, la personne publique sera solidairement responsable des dettes du GIE avec les autres membres [27]. En outre, il convient également de rappeler que l'objet du GIE est encadré par le code de commerce, dont l'article L. 251-1 rappelle que *« [l]e but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même »* et que *« [s]on activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci »*.

Il résulte de ce qui précède qu'aucun véhicule juridique disponible ne semble offrir de solution universelle pour la mise en œuvre d'un PPPI, la faisabilité d'un tel montage devra être évaluée au regard des spécificités de chaque projet en fonction de leur adéquation ou non avec les particularités des véhicules juridiques disponibles.

En conclusion, il convient de rappeler que le montage d'un projet en PPPI présente de réels avantages, dont les collectivités doivent chercher à tirer bénéfice dès lors que, sur le plan juridique, rien n'interdit la mise en œuvre de ce type de partenariat. Toutefois, il convient également de conserver une approche critique de ce type de montage. En effet, sur un plan opérationnel, la création d'un PPPI ne sera possible que dans la mesure où les véhicules juridiques pouvant servir de support au partenariat répondent aux spécificités du projet et notamment, à sa réalité économique. C'est pourquoi il conviendra, en attendant la création d'un véhicule juridique universel, que les collectivités procèdent à une étude approfondie de faisabilité juridique et financière pour chacun de leurs projets, afin de s'assurer que le but recherché pourra être atteint par la création d'un PPPI. ■

Yves René GUILLOU
Avocat à la Cour de Paris

Caroline GÉRARD
Avocate à la Cour de Paris

[27] Il convient en effet de rappeler qu'à la différence du GIP, dans le cadre duquel les membres du GIP ne sont pas solidaires à l'égard des tiers (sur ce point, voir l'article 108 de la loi du 17 mai 2011 précitée), les membres du GIE restent solidairement responsables des dettes du Groupement sur leur patrimoine propre à l'égard des tiers (sur ce point, voir l'article L. 251-6 du code de commerce).